DISSERTATIO INAUGURALIS JURIDICA,

DE

AMICABILI COMPOSITIONE,

ET IN SPECIE

DE TRANSACTIONIBUS,

NEC NON

DE DIFFERENTIIS,

QUÆ INTERCEDUNT

INTER

TRANSACTIONES ATQUE PACTA REMISSORIA,

QUAM,

SUB AUSPICIIS

ACADEMIÆ RECTORIS MAGNIFICENTISSIMI,

SERENISSIMI PRINCIPIS AC DOMINI,

DN. FRIDERICI,

HASSIÆ LANDGRAVII, RELIQ.

AUTORITATE ATQUE DECRETO

INCLYTÆ FACULTATIS JURIDICÆ IN CELEBERRIMA MARPURGENSI ACADEMIA

PRO LICENTIA,

SUMMOS IN UTROQUE JURE HONORES ATQUE PRIVILEGIA LEGITIME CONSEQUENDI,

MAGNIFICI ACADEMICI SENATUS PUBLICO EXAMINI

SUBJICIT

DIE XXI. SEPTEMB. ANNO. MDCCXLI.

JOHANNES CHRISTIANUS ZINK,

STUTTGARDIA - WURTEMBERGENSIS.

MARBURGI CATTORUM,

TYPIS PHILIPPI CASIMIRI MULLERI, ACAD. TYP.





Q. D. B.

SECTIO PRIMA.
DE
LITIS DECISIONE CONVENTIONALI.

§. I.

C*auſſa* eſt negotium, quo obligationes contrahuntur; jura adquiruntur.

Duo inde ad cauſſam conſtituendam faciunt, primo, quod negotium quoddam adſit, & ſecundo, idem aptum ſit obligationes atque jura conſtituendi. Conſentit hæc cauſſæ definitio cum illa, quæ in *l.* 23. *de Verb. Signif.* occurrit: quare Goddeus *in Comment. ad Tit. de V. S.* legem hanc explicans ſub rei vocabulo ejusdem ſubſtantiam, jus obligationis & actionis intelligit: diſerte inſuper lex laudata indicat, ibidem rei vocem ſubſtantiam ejus, cauſſam atque jura in ſe complecti; ſubtracta ergo rei ſubſtantia pro notione cauſſæ obligationes atque jura negotio inducta remanebunt.

§. II.

Certum in Jure vocatur, ubi conſtat, quid, quale, quantumve debeatur. *Cauſſa certa* eſt, cujus negotium jura & obligationes certa: *incerta*, cujus negotium obligationes & jura incerta.

Negotium ſub factorum genere continetur, facta vero maxime dubio atque incertitudini ſubjecta ſunt; deinde, licet factum quoddam interceſſerit, ambiguum fortean eſt, quænam obligatio ex illo nata ſit, & per conſequens, quid alter negotii nomine ab altero poſſit exigere. Leges quidem in ſe certæ ſunt, atque ſic ex earum atque negotii diſtincta cognitione jura atque obligationes negotii determinari poſſunt, quæ ex illo, ceu fonte, ſcaturiunt: nihilominus tamen ob diverſas interpretationes Doctorum obligatio per ſe quidem certa fieri poteſt incerta, utut negotium in ſe clarum atque evidens ſit; qua de re *in l.* 1. *de Trans.* tranſigentes ſuper re incerta & *quaſi* dubitata convenire dicuntur, bene quoque Nood *de Pactis atque Transact. cap.* 3. animadvertit, ob *juris & facti* ambiguitatem litem metuendam eſſe.

§. III.

Cauſſæ ideo contrahuntur, quo jura adquiramus; (§. 1.) nemo tamen jus ab altero ſibi quærere poteſt, niſi determinatum ſit, quid petat, quod deeſt cauſſæ incertæ: (§. 2.) *actu ergo opus, quo jura & obligationes negotiorum incertorum determinentur*, atque conſtet, quid alter alteri cauſſæ incertæ gratia præſtare teneatur.

§. IV.

Actus, quo jura litigantium determinantur, *litis deciſio* vocatur: lis tunc exiſtit, quando alter contendit,

dit, jus sibi ab altero deberi, quod alter eidem abnegat.

§. V.

Caussa certa non indiget litis decisione: (§. 2. 4. & 3.) *caussa incerta non consequitur finem absque litis decisione* (§. 3.).

§. VI.

Conventione caussa incerta decidi potest. Conventio est mutuus consensus in idem præstandum, quo si igitur litigantes sibi promittunt, quænam alter alteri ex caussa incerta velit præstare, conventio adest, qua mediante determinantur jura & obligationes ex caussa incerta; jam actus, quo litigantium jura atque obligationes determinantur, litis decisio vocatur, (§. 4.) conventione itaque caussa incerta decidi potest.

Propterea quidem judicia eriguntur, quo in istis caussæ voluntariæ publicam autoritatem obtineant atque fidem consequantur, & præterea litigiosa negotia vi jurisdictionis decidantur: at, quis adeo in ordine judiciario hospes, qui inficias eat, eundem cum nimio temporis tractu, expensarum erogatione, ambiguitatem victoriæ, aliisque injunctum esse incommodis? Reipublicæ autem interest, quo lites, quam primum fieri potest, dirimantur, quare his impedimentis januæ clausæ sunt litis decisione conventionali introducta, per quam absque strepitu forensi aliisque judicii ambagibus controversiæ componuntur.

§. VII.

Litis decisio conventionalis, absque judicis autoritate facta, *amicabilis compositio* nominatur.

Vim quamcunque, etsi justa sit, ceu imperfectionem nobis repræsentamus, amicus vero omni modo nostram intendit atque promovet perfectionem, hinc

eum vix amicorum numero habemus, qui mediante judicis potestate jus a nobis exigit. In restrictiori significatu compositio amicabilis sumitur de conventionibus super rebus Relligionem concernentibus, quod defectui specialioris denominationis magis attribuendum esse puto, quam ut arctioribus includam limitibus amicabilem compositionem: sane non raro peculiares species in Jure exprimuntur generalioribus nominibus, ubi specialiores desunt denominationes, uti factum in materia de Possessione, Adoptione, Actionibus &c. Sane §. 110*mum Recess. Imp. noviss.* omnes accipiunt de amicabili compositione, in quo tamen ad eam referuntur alle dienliche Mittel und Wege, wordurch die Parthenen von einander gesetzet, und alle Kostspältige Rechtfertigungen verhütet werden können.

§. VIII.

Arbiter est, qui caussam litigiosam secundum regulas ordinis judiciarii ex compromisso litigantium dirimit; decisio ejus *laudum* vocatur. *Arbitrator* ex mandato litigantium caussas litigiosas absque cognitione judici præscripta componit; decisionem ejus *arbitrium* nuncupare solent.

Hoc modo discernere poteris arbitratorem a proxeneta; hic inservit negotiis contrahendis atque conciliandis; ille eadem reconciliat atque litigiosis interpositione arbitrii finem imponit: per inconstantiam tamen loquendi arbitrator cum proxeneta iterum iterumque confunditur.

§. IX.

Laudum atque arbitrium ex compromisso partium feruntur, quod quis autem per alium vult fieri, ipse id fecisse dicendus, quare per laudum atque arbitrium caussæ conventione litigantium deciduntur abs-

absque jurisdictione: *laudum atque arbitrium ergo species amicabilis compositionis constituunt.* (§.7.) l. 1. de recept. arbitr. l. 1. C. de Jurisd. omn. Jud. & for. comp.

§. X.

Laudum fit antecedanea caussæ cognitione, quæ arbitrum in ordinem judiciarium attendere jubet, (§. 8.) *hinc si de meritis caussæ nonnisi ea penitius inspecta constat; laudum præponendum arbitrio*, quod absque tam solide instituta cognitione fertur: (§. 8.) *Ubi autem qualitas caussæ satis adperta, vel res sit vilioris momenti, laudo anteponendum arbitrium*, temporis atque expensarum prodigo, in compensationem laboris arbitro faciendarum.

§. XI.

Quoties sine maximis impensis judicem ordinarium adire nolumus, vel ob judicii nimis remotam distantiam; dubium jurisdictionis fundamentum; temporis dilationem; partium studii suspicionem, a strepitu judiciali reclinamus: toties de amicabili compositione solliciti simus. (§. 7. & sch. §. 6.)

§. XII.

Arbiter atque arbitrator ex consensu litigantium jus dicunt (§. 8.), sicque potestate publica atque autoritate, proinde jure exequendi destituuntur, (§. 7. & 8. 9.) *in causis igitur executioni proximis per compendium temporis ad judicem ordinarium confugiamus.*

§. XIII.

In antecedens consentiens, consentiat in consequens, *utut inde quis caussa laudo vel arbitrio finita plane excidat, nihilosecius ipsis standum*: nec *semel*

facto compromisso penes litigantes positum est, quænam in specie sibi ex caussa incerta dare, facere & remittere velint.

Instas forsan, a laudo ex inimicitia vel per sordem pronunciato, ab arbitrio reductione ad boni viri arbitrium tamen recedi! At respondetur, nunquam in dolum arbitri arbitratorisve litigantes consentire. Quæ de arbitris hic dicta, cave ne omnia promiscue intelligas de Austregis: horum enim alia est ratio, quin imo, cum post Ordinationem Cameralem in necessitatem abierint Austregæ, atque judices primæ Instantiæ passim in legibus Imperii nuncupentur, illorum potestas non ex compromisso partium unice derivanda; quocirca ipsis etiam a nonnullis jus exsequendi adjudicatur, quod facere amant LYNCKER *de grav. extrajud. P. II. cap.* 8. *§. 57. n.* 2. TEXTOR *Diss. 3. ad Recess. Imp. nov.* §. 84. *in dubio hæret* SCHWEDER *in Compendio Juris Publ. Parte Spec. S. II.* §. 16. Ubi tamen plures vias, prolixum in modum in Supr. Imp. Cam. Jud. Ordinatione definitas, pervestigamus, ex ipsa Austregarum judicii constitutione atque natura concludendum, in plerisque casibus Austregas jure exequendi destitutos esse. Verum hæc nimis a scopo præsenti deviant, sat quoque ampli sunt *Scriptores Camerales ad Tit. de Austregis, atque* SCHUBH. *Tract. sing. de Austregis.*

§. XIV.

Transactio est conventio super re dubia & caussa incerta, qua lis dato, retento, seu remisso componitur.

Transactio fiat mutuo consensu, in litigiosis vero alter ab altero jus sibi quærit, quod idem alter ipsi denegat: (§. 4.) inde consensus mutuus in transactionem non concipitur, nisi eum sub motivo dati, retenti, remissi vel promissi a se invicem controvertentes impetrent,

trent, seu alteruter alteri jus gratuitum remittat, quod remissorium pactum (§. 22.). Nulla inde transactio sine dato remisso retentove concipitur. *l. 38. Cod. de Transact. atque ad eandem* BRUNNEMANN. *n. 1. l. 1. de transact.*

§. XV.

In transactione lites finiuntur dato atque retento, inde utrique concertantium ex caussa per transactionem composita aliquid saltem remanet, contra in laudo atque arbitrio adquiescendum est, utut alteruter integra ceciderit caussa; (§. 13.) quam ob rem, si fundamentum juris nostri admodum dubium, *transactio pinguior erit, quam ut caussam arbitri arbitratorisve committamus judicio.*

§. XVI.

Accedit & alia ratio in casu paulo specialiori transactionem consuadens præ laudi atque arbitrii decisionem: dantur scilicet res, dantur etiam jura, quæ pro alio atque alio possessorum statu atque vitæ conditione majorem ipsis præbent utilitatis fructum, quam quidem alii eadem detinentes ex iis perciperent: quare, si lis de ejusmodi rebus agitatur, illorum remissione atque translatione absque damni sensu alteri plus concedere atque conferre possumus, sic crescente dandi ac remittendi motivo, eum ad remittendum promptiorem, ad dandum liberaliorem nobis conciliamus: cum e contrario, semel facto compromisso in arbitrum arbitratoremve, non amplius penes litigantes sit, quid sibi in specie dare atque remittere velint, (§. 13.) *ut ideo hoc in casu transactio præferri mereatur laudo atque arbitrio.*

§.XVII. Ar-

§. XVII.

Arbiter post caussæ cognitionem secundum ordinem judiciarium peractam laudum pronunciat, (§. 8.) quod sine temporis jactura nequit fieri: Per transactionem vero sola conventione, absque temporis tractu atque ambagibus controversiæ dirimuntur: *sic & temporis intuitu transactum palmam præcipit laudo atque arbitrio.*

Sic itaque pro diversis litigiosæ caussæ circumstantiis modo transactio, modo laudum, modo arbitrium, præ reliquis litem amice componendi modis eligantur; atque hanc ob rem leges plures litis decisionis conventionalis species permiserunt, ut earum quoque, instar mediorum, quibus in judicio experiundum, optio detur. Tanto præterea favore digna videtur amicabilis compositio, ut ea non solum in *Recess. Imp. noviss.* §. 110. verum etiam in plerisque Constitut. Provincial. judici tentanda injungatur sub initio litis, daß gleich nach Einbringung der Klage vor allem anderen ein Termin zum gütlichen Vergleich anberaumet werden muß, atque ne hanc judices sportularum cupidi prætermittant, leges Provinciales quandoque eorum facundiam excitare nituntur solutione honorarii pro tentata amicabili compositione. Hæc ita dicta de conventionibus litis decisoriis mihi sufficiant; quæ enim de electione transactionis præ laudo & vice versa, laudi præ arbitrio &c. innui, ideo non prætereunda fuere, quod iis neglectis non adpareat, cur tot species amicabilis compositionis, atque in quibusnam una altera utilior sit: colligitur id ex circumstantiis atque qualitate caussarum controversarum, quare in Schol. §. 2. fontes exhibui incertitudinis caussarum. Jam in

SECTIO-

SECTIONE SECUNDA,

DE

DIFFERENTIIS, QUÆ INTER TRANSACTIONEM ET PACTA REMISSORIA INTERCEDUNT.

§. XVIII.

Remiſſio eſt declaratio, quod jus a debitore noſtro nunquam exacturi ſimus. Unde alii eam abdicationem juris nuncupant, modo id explicatum fuerit, quid ſe jure abdicare vocetur.

§. XIX.

Remiſſione ergo in alterum ex noſtro in tantum transfertur, in quantum exactione juris noſtrum adauctum fuiſſet patrimonium: alienare vero eſt, ex ſuo quid in alterum transferre, *alienatio igitur in remiſſionibus deprehenditur.*

§. XX.

Pactum remiſſorium eſt, quo debitori noſtro jus remittimus. Quando remiſſio gratis facta, *gratuitum*: ſin ſub reciproca præſtatione, *non gratuitum* dicitur.

§. XXI.

Super certis atque incertis paciſcimur *l.* 29. *de don.* §. I. Noodt. *de Pact. atque Trans. cap.* 3. *hinc pacto tum jus certum tum litigioſum atque incertum remittimus.*

§. XXII.

Pacto remiſſorio gratuito gratis in alterum jus transferimus, (§. 20. & 19.) jam jura ſub rerum denominatione comprehenduntur, pactum autem, quo rem gratis in alterum transferimus, donatio ſalutatur,

 adeo-

adeoque donationis ſpeciem pactum remiſſorium gratuitum conficit. Mev. *P. II. deciſ.* 148. *n.* 2. *P. IV. deciſ.* 44. *n.* 2. *l.* 32. *de Reg. Jur.*

§. XXIII.

Pactum remiſſorium non gratuitum, ſuper incerta cauſſa tamen initum, degenerat in transactionem: pactum remiſſorium non gratuitum de cauſſa certa eſſentialiter diſcrepat a transacto. Ubi pactum, ibi conventio, (*a*) poſito pacto non gratuito remiſſorio, ponitur reciproca datio cum remiſſione (§. 20.) & ſi ſuper cauſſa incerta confectum ſit, in tantum litis deciſio, in quantum remiſſum (§. 4. & 18.) adeſt igitur conventio, qua mediante dato atque remiſſo lis componitur, quod transfigere audit (§. 14.) pactum remiſſorium non gratuitum ergo, ſuper cauſſa incerta tamen initum, degenerat in transactionem. q. e. 1.

Si pacto jus certum remittitur, conventio quidem adeſt, cum autem nec lis nec litis deciſio in cauſſa certa (§. 5.) pactum ejus modi litis deciſorium adpellari nequit: jam transactum fit litem decidendi gratia, (§. 14.) id quod inter ejus ſubſtantialia referendum: (§. 301. Ont.) inde pactum remiſſorium non gratuitum ſuper cauſſa certa initum, in locum transactionis, ſalva ejusdem ſubſtantia, ſubſtitui nequit; adeoque pactum remiſſorium non gratuitum de re certa eſſentialiter a transactione diſcrepat. q. 2.

De quibusdam enim tranſigere poſſumus, quæ in litem ducta ſunt absque deciſione totius controverſiæ: certe *l.* 31. *Cod. de Trans.* edocemur, ſi de re certa (intelli-

(*a*) l. 1. §. 3. ff. de pactis.

telligas specificam) pactum transansactionis interpositum de cæteris tamen, *eo nomine* quæstionibus movendis, integram permanere actionem: quamvis itaque pacto non gratuito jus totum non sit remissum, adeoque nec universa lis finita, tale pactum in transactionis locum, de re certa tantum interpositæ, salvis cæteris eo nomine quæstionibus, surrogandum erit.

§. XXIV.

Pactum remissorium non gratuitum igitur tunc demum transactioni contra distinguitur, si super caussa certum factum fuit: atque hoc intelligas velim, quando in posterum pacti remissorii non gratuiti mentio fiet.

Qui transigit, quasi de re dubia atque incerta lite transigit: qui vero paciscitur donationis caussa rem certam atque indubitatam remittit, l. 1. ff. de Transact. immo & incertam l. 29. §. 1. C. de donat. ubi ergo non gratuito remittitur habes pactum remissorium non gratuitum, (§. 20.) quod de re incerta in transactionem degenerat; (§. 23.) de re certa tamen initum a transactione idem essentialiter differt. Sunt enim & aliæ rationes, quibus permoti jus certum non gratuito remittimus, ita creditor suo debitori, cui ex alia caussa, licet certa, debet, jus suum forsan remitit in quasi soluti dationem, de quo nulla plane lis metuenda: aliud exemplum præbent CONS. HALL. *T. II. L. I. Cons.* 105. *n.* 25.

§. XXV.

Omnis ergo differentia inter transactiones atque pacta remissoria, ob diversam remissionis naturam sese exserit: Pone conventionem, qua gratuito remittitur, habes pactum remissorium gratuitum: ponas remissionem non gratuitam juris certi, redit pactum

remiſſorium non gratuitum: ponas denique remiſſionem juris incerti litis deciſoriam transactio redundat. *Quoties itaque rem gratis remittimus, toties pacto remiſſorio gratuito; (§. 20.) ſin ſub mutua atque reciproca præſtatione juris certi remiſſio fiat, pacto remiſſorio non gratuito; (§. 20.) ſi non gratuito atque litis ſopiendæ gratia jus litigioſum remittimus, transactione opus erit.* (§. 14.)

§. XXVI.

Ex quo jus ff. reſtauratum, maximus ad Italiæ Academias Germanorum confluxus, qui Romanorum jura, quibus ibi imbuti fuere, ad noſtra fora in decidendis controverſiis, non absque mediocri Patriæ morum contemtu, protraxerunt adhibueruntque, uti BRUNQUELL. *in Hiſtor. Jur. P. ult.* oſtendit. Non potuit non inde confuſio utriusque juris propullulare, ob quam demum ingentes exortæ lites, ubi jus Romanum atque Patrium in diverſas abierunt ſanctiones. Noto notior eſt, aliam eſſe rationem filiarum nobilium ſucceſſionis in hereditatem, ſecundum Conſtitutiones Germanorum, quam ſucceſſionis juris Romani; ſecundum priores enim exigua tantum accepta parte ſint contentæ, utut pro æquali eas in hereditatem ſuccedere voluerint Romani juris conditores: at, optime Germaniæ Nobilitas his dogmatibus haud inſtitit, verum pactis familiæ atque renunciativis hac in re ſibi proſpexit: (a) quare, *pacta familiæ atque renunciativa ob diſcrimen juris utriusque, & ex illo renun-*

(a) *Vir Illuſtris* CRAMER *in Diſſ. de Pact. renunc. fil. nob.* §. 13.

metuendas lites, introducta vim transactionis jure meritoque habent, modo reciproca datio in ipsis concipi possit.

§. XXVII.

Dati, promissi, retenti adpellatione ea tantum præstatio venit in transactione, quæ litis decidendæ gratia facta, (a) & quæ non nimis modicam æstimationem habet. (b) Prius jam ex Schol. §. 14. patet; quoad alterum, consensus in transactum sub motivo dati atque remissi impetratur: (§. 14.) inde datum, promissum atque retentum rationem in se contineant, quod alter de suo jure destiterit; jam uterque litigantium de solidiori juris proprii ac alterius fundamento sibi persuadere solet, hinc neuter quicquam remittit, nisi alterius præstatio tantæ sit æstimationis, quanta hæc persuasio superari potest; cum tamen juris incerti nulla æstimatio detur certa, ea quoque præstatio in transactione admittitur, quæ alterum probabiliter convincere potest, atque sic non nimis modicam æstimationem habet: dati ergo, promissi & retenti adpellatione ea tantum præstatio venit in transactione, quæ litis decidendæ gratia facta, nec nimis modicam habet æstimationem.

Id ergo judicis relinquendum arbitrio, num præstatio dicis tantum gratia intervenerit, an vero sufficiens fuerit: ubi enim ob nimiopere variantes circumstantias singula per leges determinari nequeunt, ea judicis arbitrio committenda sunt, qui eadem ex circumstantiis,

(a) Böhm. *Introd. ad Jus ff. L. II. T. 15. §. 12. ibi cit.*
(b) Harpp. *Consf. Ant.* 84. *n.* 303. 306. Brunnem. *ad l.* 38. *Cod. de Transact. n.* 3.

ſtantiis, quæ auſam obviam concomitantur, dijudicare valet.

§. XXVIII.

Si ergo nimis modica præſtatio interceſſerit, atque jus dubium litigioſumque remiſſum, neutiquam litigantes tranſegiſſe cenſentur, ſed potius ejuſmodi conventio pro pacto remiſſorio non gratuito habenda eſt. (*a*) per quod jure & incerto nos abdicamus. (§. 21.).

§. XXIX.

In majorem ſecuritatem ergo inſtrumento tranſactionis inſerendum, quod ob datum atque mutuo remiſſum litigantes deſtiterint a lite: quo facto, in re clara ad præſumtiones non deſcendendum; ſin tamen forſan in fraudem creditorum id factum, ceu nullum, pro infecto habendum eſt, *l.* 21. *Cod. de tranſact.* licet contrahentes ſimulaverint contrarium. *l.* 1. *Cod. plus val. quod agit. quam quod.*

§. XXX.

Multo minus tranſactio præſumitur, ſi quis ſub nimis modico dato jus indubitatum alteri remiſit, cum duo tranſactionis requiſita tum deficiant, præſtatio nempe ſufficiens (§. 27.) & cauſſa litigioſa (§. 14.).

§. XXXI.

Nemo tranſigere, nec pacto quicquam remittere poteſt, niſi jure alienandi ſit inſtructus. Tranſactio procedit ſub dato atque retento, (§. 14.) quæ concipi nequeunt, niſi alter jus aliquod in alterum transferat, quod alienare dicitur, ſic ergo in tranſactione & pactis remiſſoriis (§. 20 & 19.) alienatio deprehenditur;

(*a*) Harppr. *Vol. Nov. Conſ.* 43. *n.* 207. & 210.

ditur; ponas ergo transigentem pactove remittentem, qui facultate alienandi non gaudet, alienare & is poterit, cui jus alienationis deest, id quod absurdum; nemo hanc ob rem transigere nec pacto quicquam remittere potest, nisi jure alienandi sit instructus.

§. XXXII.

Ibi terrarum igitur, in quibus alienatio immobilium invalida neglecta judiciali insinuatione, transactio circa bona immobilia actis insinuanda est: idem statuendum de transacto super rebus, quae absque judicis decreto alienari nequeunt, adeoque sine illo non procedit.

§. XXXIII.

Nemo transigit, nec quicquam pacto remittit, nisi rerum suarum administrationem habeat: quicunque rerum suarum administratione pollent, transactiones atque pacta remissoria celebrant. Dominium est facultas de re sua libere disponendi, ut adeo jus alienandi effectui illius sit tribuendum: At in republica cavendum, ne quis perversa rerum suarum dispositione sibi nimium obsit, quare iis, in quos ob intellectus imbecillitatem, animique fragilitatem sufficiens cadit suspicio de bonorum metuenda dilapidatione, alii adjungendi sunt, quorum arbitrium in dispositione circa res suas sequantur, atque sic etiam in alienandis iis; ut igitur nemo alienet in civitate, nisi absque arbitrio alterius rerum suarum intuitu sese valide obligare, atque ab aliis obligationes recipere possit, quod libera rerum suarum administratio audit: jam vero nemo transigere neque pacto remittere queit, nisi jure alienandi instructus sit: (§. 33.) nemo igitur transigit,

git, nec quicquam pacto remittit, nisi rerum suarum habeat administrationem. Q. e. 1mum.

Quicunque libera rerum suarum administratione gaudent, ii absque alieno arbitrio res suas aliis obligare atque ab aliis obligationes recipere possunt, hinc determinare mutuo consensu, quæ sibi invicem ex caussa incerta dare atque remittere velint, inde conventione sub dato atque retento litem decidere, (§. 16.) quod transigere vocatur, (§. 14.) qui administratione rerum suarum gaudent, transigere ergo possunt. Q. 2dum.

Similiter hic se ad remissiones gratuitas atque non gratuitas obligare posse, ex ipsa rerum suarum administrationis notione patet, quare nullam remanet dubium, quin & pacta remissoria tum gratuita, cum non gratuita celebrent. q. 3. (§. 20.) Q. e. 3tium.

§. XXXIV.

Facultas transigendi ex administratioue rerum suarum promanat, quæ liberum requirit arbitrium: (§. 33.) *nemo itaque ad transigendum remittendumve, nisi ob salutem reipublicæ, compellendus. Et in quantum res, de qua transigitur, nostræ subest administrationi, in tantum super ea transigimus, atque illam pacto remittimus.* Ex hoc dijudicandæ transactiones Vasalli, patrisfamilias circa peculium filii familias, immo & mariti circa bona dotalia atque paraphernalia.

§. XXXV.

Administratores rerum alienarum cum publica tum privata autoritate res ejusmodi gerunt; *limites ergo ejusmodi administratorum, quoad facultatem transigendi*

gendi atque remittendi, uti in reliquis, ex fine concessionis æstimentur.

Quæ de fonte administrationis bonorum (§. 33.) dicta, adeo vera sunt, ut administratores rerum alienarum dominorum nomine in legibus nonnunquam veniant. *Vid. l. 18. de peric. & administ. tut. l. 13. §. 1. de Pactis.*

§. XXXVI.

Tutor de bonis pupillaribus immobilibus mobilibusque majoris momenti, neglecto judicis decreto, non transigit: super bonis mobilibus vilioris momenti, modo in utilitatem pupilli id vergat, absque illo transigit. Tutori competit jus dirigendi actiones pupilli, ejusque bona administrandi quantum ad pupillarem perfectionem, (*a*) inde, cum olim tutoribus injuncta immobilium atque mobilium pretiosorum alienatio, ob pecuniæ paratæ facillimam dilapidationem multum adversa rei pupillaris providentiæ, (*b*) ea interdicenda fuit, nisi prævia sit judicis cognitio, atque decretum alienationis interponatur; (*c*) jam transactiones dato atque remisso perficiuntur, atque sic in illis alienatio (§. 31.) deprehenditur: (*d*) quare si tutor de pupillaribus bonis immobilibus, mobilibusque majoris momenti, transigere velit, adest alienatio, quæ judicis requirit decretum, ideoque tutor de bonis pupillaribus immobilibus mobilibusque majoris momenti, neglecto judicis decreto, transigere nequit (§. 31. n. 2.). Q. 1mum.

 Quæ

(*a*) *l. 56. §. 4. de furt.* (*b*) *l. 22. Cod. de per. tut. & Cur.* (*c*) *l. 22. eod. Cod.* (*d*) LEYSER. *in medit. ad 17. Sp. 46. Jub in. thes. 2.* GAIL. *Obs. 72. Lib. 2. n. 2.*

Quæ ratio cum cesset in immobilibus vilioris momenti, nec ob frequentiam ejusmodi alienationum tutor judicem semper adire possit; verum præterea administrationem bonorum pupillarium gerat, (a) tutor de bonis pupillaribus minoris momenti absque judiciali decreto transigit, (§. 33.) quantum id in pupilli vergit utilitatem. (§. 35.) Q. 2dum.

§. XXXVII.

Quoad administrationem bonorum tutores atque curatores pari hodie ambulare passu, (b) juris tralatitii est; imo ne nominibus quidem hos Germaniam veterem secernisse, ex voce Pfleger, de utroque sumto, quilibet animadvertit: (c) inde *dicta quoque de curatoribus prædicanda sunt.*

§. XXXVIII.

Num vero in utilitatem pupilli transigatur, cum uterque aliquid remittere teneatur, sane absque adcuratiori non dignoscitur circumspectione: *Tutores igitur dubitantes, num in commodum pupilli transacturi sint, de responso prudentum sint solliciti*, quo mediante sese liberare possunt a doli culpæque præstatione, ubi administrantes tutelam curatelamve circa dubium actum versantur.

§. XXXIX.

Pacta remissoria gratuita tutorum de bonis pupillaribus catenus valent, quatenus eorum donationes ex his rebus subsistunt: de bonis pupillaribus tutores pacto non

(a) *l. 56. de f. citata.* (b) Hopp. *in Us. mod. ad princ. Inst. T. de auct. tut. & cur.* (c) Heinecc. *Diss. de tutor. & cur. uxor. legit. c. 2. §. 20. ibique laud.*

non gratuito nil remittunt, nisi mutuo receptum ad minimum tanti sit valoris, quantum pupillo adquiri potuisset exactione juris remissi. Etenim pacta remissoria gratuita donationis speciem conficiunt, (§. 22.) inde pacta remissoria gratuita tutorum de bonis pupillaribus eatenus valent, quatenus eorum donationes his de rebus subsistunt. Q. unum e.

Tutores in pupilli utilitatem tutelam gerunt, jam si pacto non gratuito quid remittitur ex bonis pupillaribus, jus certum adesse oportet, (§. 23 & 24.) inde cum mutuo acceptum vilioris sit pretii, ac exactione juris pupillo quæri potuisset, idem in pupilli detrimentum manifesto remitteretur, quod tamen fundamento tutelæ administrationis contrarium: sic tutores de bonis pupillaribus pacto non gratuito nil remittunt, nisi mutuo receptum ad minimum tanti sit valoris, quantum pupillo adquiri potuisset exactione juris remissi. Q. alterum erat.

Administratio tutorum non ad deminutionem rerum pupillarium sese expandit: *l. 22. de adm. tut.* verum, quum & id in obligatione eorum, ut quocunque modo statum sub tutela degentium perficiant, ita per pronam consequentiam pro conservando honore, dignitate, pietate in consanguineos pupilli, ejusdem nomine aliis donare poterunt. *l. 12. §. 3. eod.* Berger *in Oecon. Jur. L. I. T. IV. §. 10. n. 6.*

§. XL.

Procurator in rem suam transigit: itemque procurator in rem alienam ex speciali mandato: neutiquam vero procurator in rem alienam ex generali mandato. Procurator in rem suam in propriam utilitatem res

 alienas

alienas gerit, (a) hinc instar domini ea administrat, atque de iis disponit, (b) sic quoque super iis transigit. (§. 33. 35.) Q. 1mum.

Procurator in rem alienam est, qui ex mandato domini res alienas gerit, & quidem in specie procurator ex speciali mandato vocatur, cui omnes & singuli actus, quibus mediis expediat negotia, expressis litteris demandantur, adeoque (per hypothesin) & facultas transigendi ipsi specialiter confertur, quare procurator in rem alienam itidem transigit ex speciali mandato. (§. 35.) Q. 2dum.

Procurator in rem alienam ex generali mandato nuncupatur, in cujus mandato actus omnes & singuli non exprimuntur, quibus negotio finem imponat. Ubi ergo verba mandati silent, ejusdem potestas unice a mandantis utilitate dependet, (§. 35.) consequenter talis procurator remotus sit ab istis actibus, quæ facillime in principalis præjudicium degenerare possunt, (c) Transactionibus vero lis deciditur, (§. 14.) atque, cum dato atque retento lis componatur, alienationem in se complectuntur, (§. 31.) ut adeo sine discrimine utilitatis mandantis procurator non transigat, ideoque procurator ex generali mandato a transactionibus repellendus est. Q. 3tium.

§. XLI.

Procurator cum libera transigit de caussis ejusdem extra demandatis: (a) sine libera de istis non transigit.

(a) *l.* 4. *Cod. de Procur.* (b) *l.* 13. *Cod. de Pact.*
(c) Hopp *ad Inst. princ. de Mand.* (d) *l.* 60. *de procur. cap.* 5. *ibidem in VIto.* (a) *l.* 58. *de Procur.*

igit. (*b*) Quum plura negotia alicui gerenda demandantur, ob ingentem varietatem cuncta verbis nequeunt ſignificari, quæ ad eorum exſequutionem faciunt, unde mandatum *cum libera* in uſu eſſe cœpit, vi cujus negotia ita alicui gerenda comittuntur, ut pro arbitrio ipſa ad finem uſque adminiſtret. Quare Procurator cum libera omnia gerit inſtar procuratoris ex ſpeciali mandato: cum tamen nihiloſecius in utilitatem mandantis detur, procurator *cum libera* in ſingulis actibus, qui non adperte utilitati principalis adverſantur, licet alias ſpeciale deſiderent mandatum, æquipollet iſti, qui ex ſpeciali mandato res alienas adminiſtrat: jam tranſactione lis ita deciditur ut utrique aliquid ex cauſſa reliquum ſit, (§. 15.) ſic transactio commodo principalis non adperte repugnat, adeoque, cum procurator ex ſpeciali mandato tranſigat, (§. 40.) & procurator cum libera de cauſſis ejuſdem curæ commiſſis tranſigit. Q. e. u.

Procurator ſine libera eſt, cui plures cauſſæ absque recenſione eorum expreſſa committuntur, quibus eas peragere poſſit. Æquipollet igitur iſti, qui ex generali mandato res alienas adminiſtrat, quippe qui a tranſactionibus arcetur: (§. 40.) hinc Procurator ſine libera non tranſigit de rebus ipſius adminiſtrationi creditis. Q. 2dum.

§. XLII.

Id vero diſputari poteſt, num in caſu obvio procuratorium requiſita mandati *cum libera* exhauriat: quare, *in judiciis bene ordinatis nemo procuratorum ad trans-*

(*b*) *l. 63. de Procur. cap. 4. de Proc. in 6to.*

transactiones admittitur, nisi peculiariter ad transigendum instructus sit, ad amputanda omnia, quæ caussam retardare possent. Boehm. *in Inst. Jur. Can. & Eccles. L. I. T. 38. §. 5.* Berger *in Oecon. Jur. L. IV. T. 34. n. 2. §. 2.*

Sunt, qui nec generalem procuratorem sine libera a transactionibus excludunt, contra dissertam *l. 60. de Procuratoribus* dispositionem. Insistunt quippe *l. 58. de Proc. & l. 17. de Jurej.* In priori procuratori totorum bonorum permittitur rerum permutatio, verum si *liberam* habet administrationem, inde pro generali procurator ibi vix accipiendus, & deinde in transacto res non tantum permutantur, sed potius illo facto alteruter minus consequitur, sane *l. 63. de Procurator.* omnem alienationem procuratori omnium bonorum interdicit, nisi necessitas summa in rebus, quæ corruptioni obnoxiæ sunt, id suadeat, jam vero omnis transactio alienatione perficitur, (§. 31.) inde & hac lege procurator generalis a transactionibus removetur. Vinnius aliique nullam quidem agnoscunt realem differentiam inter liberam atque simplicem bonorum administrationem: quum vero omnis procurator ex concessione domini repetat facultatem ejusdem res gerendi, profecto dominus quoque modum determinat, quo procurator easdem administrare tenetur: itaque pro hujus limitatione, administratio modo liberior, modo restrictior erit. Altera *l. 17. de Jurejur.* agit de procuratoris juramenti delatione, ex qua argumentum ducunt ad transactionem: id in concessis est, hoc passu parem transactionis atque jurisjurandi esse rationem, cum utrumque litem decidat, resque ad alienationem pervenire possint. Facillima tamen erit responsio, adest enim expressa *l. 60. de Procur.* dispositio, juxta quam nemo procuratorum, nisi liberam habeat administrationem, ad transactiones admittitur, inde non est, quod argu-

argumento legis in contrariam commoveamur ſententiam. ſed potius *l.* 58. & 17. loc. cit. explicandæ ſunt *ex l.* 60. & 61. *d. l.* atque tunc una earum conſequentia atque concordia, quas reconciliare alio modo vix poteris. Eleganter inde LYNCKER *in Diſſ. de formul. Procur. cap. V.* §. 38. ſuſpicatur, differentiam inter adminiſtrationem *cum* & *ſine libera* Romanis non ignotam fuiſſe, utut nomen *procur. cum. lib.* in legibus non reperiatur, atque poſt receptionem Canonum illius demum uſus fuerit frequentiſſimus.

§. XLIII.

Si procuratores *cum libera* itemque ex generali mandato jus gratuito remitterent, liberalitas hæc contraria foret utilitati mandantis; inde *procuratores cum libera, itemque ex generali mandato, pacta gratuita remiſſoria de rebus, adminiſtrationi eorum ſubjectis, non celebrant.* Itidem remiſſio non gratuita principalis commodo repugnaret, ſi præſtatio mutua minoris valoris in compenſationem remiſſi facta fuiſſet, quare *nec pacta non gratuita ſubſiſtunt, quibus procuratores cum libera res principalis ſub minori reciproca præſtatione remittunt.*

§. XLIV.

Res commercio cauſſa arbitrio tranſigentium, pactove remittentium ſubſint. Tranſactiones & pacta remiſſoria absque alienatione ne quidem concipiuntur, (§. 14. 31.) quæ diſpoſitionem circa ſubſtantiam rei ſupponit, jam vero res commercio, cauſſæ arbitrio ejus exemtæ dicuntur, de quibus libere quis diſponere nequit; propterea de rebus commercio arbitrioque contrahentium exemtis neque tranſactiones neque remiſſoria pacta fieri poſſunt, hinc res commercio

cauſſa

caussa arbitrio transigentium pactove remittentium subsint. Q. e. d.

§. XLV.

Justa divortii caussa est, quæ conjugalem tollit fidelitatem, quæ num adsit, cognitione judiciali demum declaratur, *l. 105. de reg. Juris.* Jam porro sponsalia de præsenti sunt promissio ac repromissio de matrimonio nunc jam ineundo, sic in ipsam coincidunt matrimonium; *super divortio vel dissolutione sponsaliorum de præsenti ergo nemo transigit, pactove remittit conjugale desponsatorumve vinculum, absque judicis cognitione:* Sponsalia de futuro contra vocantur pactiones de sponsalibus celebrandis, hinc nudis conventionum nituntur terminis, quam ob *rem de iis solvendis transigitur atque pacta remissoria celebrantur.* C. 2. X. de Sponſ.

§. XLVI.

Persecutio criminum publicam intendit satisfactionem; delictorum privatorum pœnis læsiones atque damna privatorum expiantur, unde prior exemta ab arbitrio privatorum, cui tamen relinquuntur posteriores: adeoque *super publicis delictis neque transigunt privati, neque eorum pœnam paciscendo remittunt: super ultimorum vindicta læsi privati transigunt, privatamque pœnam pactis remittunt.*

Unicuique sanguinem qualiterumque redimere licet, *l. 1. de bon. eor.* qui sent. capitalia autem delicta vel vitæ vel famæ periculum minantur, quare *l. 18. Cod. de Transact.* transactionem super his permittit, quatenus delationem: ob summum autem salutis reipublicæ discrimen omnibus incumbit, ne perduellionis crimen reticen-

reticendo in abſconditis eſſe patiantur, ut *l.* 38. *cit. l.* merito prohibitivæ *l.* 5. *C. ad L. Jul. Maj.* cedere oporteat, cui adjungas velim *cap.* 24. *§.* 10. *Aur. Bullæ.* De privatis delictis quoad privatum intereſſe tranſigunt ii, quibus læſio per delictum data; (§. 44.) inde nihiloſecius delinquens talis ad publicam obeundam pœnam obſtrictus manet. Recte tamen BEJER *in del. Jur. Tit. de Tranſ.* minus hodienum uſitatam tranſactionem de criminibus publicis prædicat, ob rationes ibidem adductas.

§. XLVII.

Tranſactiones & pacta remiſſoria de non deferendo crimine futuro ſunt invalida. (*a*) Etenim ideo a legislatoribus pœnæ cum delictis connectuntur, quo improbi pœnarum metu ab editione illorum refrenarentur; (*b*) obligatio præterea in nexu inter motivum & actionem conſiſtit, proinde obligatio legum pœnalium in pœna ſubeunda; quo remotior ergo pœna erit, eo remotior atque debilior metus illius, ſic, cum ignota delicta nulla inſequatur pœna, tranſactionibus pactisque remiſſoriis de non deferendo crimine futuro, obligatio legis pœnalis ejuſdemque virtus infringitur, in qua pœna delictum commiſſuro dictata, quod (*c*) privatorum arbitrium abhorret; jam cauſſæ arbitrio tranſigentium pactove remittentium ſubſint; (§. 44.) inde tranſactiones & pacta remiſſoria de crimine futuro non deferendo invalida ſunt.

Idem etiam hoc modo cognoſcitur: Quæcunque conventio requirit mutuum conſenſum, in illicita autem

D tem

(*a*) *l.* 8. *de Pact.* (*b*) *l.* 1. §. 1. *de Inſt. & Jure* (*c*) *l.* 27. §. 4. *de Pact.*

tem nullus intelligitur consensus: jam si transactio fiat pactumve remissorium de non deferendo delicto futuro, alterutri saltem in mente est criminis commissio, in quam nullus consensus, adeoque conventiones remissoriæ, sic transactio & pacta invalida de criminis in futurum perpetrandi non facienda delatione conf. *l.* 6. *C. de Princ. Const. l.* 17. *Commod.* nescio hanc ob rem, cur transactionem hanc ex parte remittentis aliqui defendere amant, quamvis omne pactum invalidum si reciprocus in idem præstandum consensus desit.

§. XLVIII.

Ratio hujus prohibitionis itaque hæc est, quo crimen meditanti occasio delinquendi eripiatur: *quæcunque igitur transactiones atque pacta remissoria invalida sunt, quibus alter alteri occasionem præbet in crimen coincidendi vel idem reiterandi.* GOTHOFROED. ad *l.* 17. §. 1. *Comm. lit. Z.*

§. XLIX.

Maritus adultero persecutionem adulterii neque per transactionem, (a) neque pacto non gratuito remittit: gratis vero eandem quoad privatum interesse remittere valet. (*b*) Transactio sub dato (*§.* 14. *in Sch.*) itemque pactum remissorium non gratuitum, (§. 20.) proficiscuntur, si ergo adultero per transactionem pactumve non gratuitum adulterium maritus remittit, adulter, ad ulteriorem dationem quippe paratissimus, conniventiam hanc quæstuariam mariti & in futurum spera-

(*a*) *l.* 38. *C. de Transact.* BRUNNEM. *ad l.* 18. *C. de Transact. n.* 8. (*b*) *l.* 25. *de Prob.*

ſperabit, quare, cum adulterium marito ſilente facile in occultis latitare poſſit, tranſactione atque remiſſione ejuſmodi adultero offeruntur circumſtantiæ favorabiles adulterium repetita vice committendi, ſic occaſio (§. 159. §. 160. *Phil. Pract. Univ. P. II.*) delinquendi, quod tamen contrariatur: (§. 48.) hinc maritus adultero perſequutionem adulterii neque per tranſactum neque pacto non gratuito remittit. Q. unum.

Sin vero adulterium gratis adultero condonatur, liberalitas hæc non præſumitur, (*c*) ſic nec anſam maritus ipſi præbet indulgentia in futurum abutendi, atque, quum ſuper privatis delictis eorumque vindicta læſus, quoad privatum intereſſe tranſigat: (§. 46.) maritus perſecutionem adulterii quoad privatum intereſſe gratis remittere valet. Q. alterum.

Ratio *l.* 38. *C. de Tranſ.* igitur hodienum conſideranda eſt, ideoque minime iſtis accedo, qui ejus diſpoſitionem ſub colore fucato emblematis Triboniani ſublatam eſſe contendunt, utut cæteroquin jura Romana de tranſactionibus in cunctis admittant, quæ principiis Juris, Naturæ atque Patriæ morum conſentanea ſunt. Quænam enim naturalis ratio ſuadet ut conventiones ratihabendæ, quibus delictis paſſæ adperiuntur januæ. Nec majorem adulterii licentiam apud Germanos reperies, quin penes eos, autore Tacito, nulla publicatæ pudicitiæ venia, nec corrumpere ac corrumpi ſæculum ab ipſis dictum fuerit. Reliquum quod eſt, cum pœna adulterii tum ob privatam conjugis, cum publicam læſionem aggravata ſit, remiſſio privatæ ultionis

D 2

(*c*) *l.* 2. §. 2. *ad l. Jul. de Adult.*

tionis ordinariam mitigat, atque in extraordinariam convertit, BERG. *Occ. Jur. L. III. T. XI.* §. 3. *n.* 11. modo remissio non in gratiam nocentis solummodo conjugis facta. LUDOVICI *Diss. de intercess. innoc.* §. 18. & *seqq.*

§. L.

Transactio super re judicata nulla (a). Si ergo judicatum gratuito remittatur, pacto remissorio gratuito: sin minus, pacto remissorio non gratuito opus erit (b). Res judicata est præsumtio juris & de jure, vi cujus sententia judicis pro vera decisione litis habetur (*c*), inde res judicata caussam incertam reddit certam, (§. 4 & 2.) jam id ad substantiam transactionis pertinet, ut lis decidatur, (§. 14 & 301. *Ont.*) inde transactio super re judicata, utpote caussa certa, in substantialia transacti peccat, quæ conventiones nullæ: transactio super re judicata ergo nulla. Q. e. 1mum.

Quod si ergo judicatum gratis pars victrix condemnato velit remittere; adest remissio liberalis juris certi, quo casu pacto remissorio gratuito, (§. 21 & 25. n. 1) opus: sin non gratuito, redemto quodam ex judicato, reliqua remittantur, remissio juris certi non gratuita adest, quæ per pactum remissorium non gratuitum fiat. (§. 25. n. 2.) Si itaque judicatum gratis, pacto remissorio gratuito: sin minus idem non gratis remittatur, pacto remissorio non gratuito opus erit. Q. 2dum & 3tium.

Omni

(*a*) *l.* 32. *C. de Transact. l.* 13. *Condit. Indeb.* (*b*) BERGER *in Oecon. Jur. L. IV. t.* 34. §. 3. *n.* 1. STRYK. *in Caut. Contr. S. II. Cap.* 7. §. 4. BERL. *P. II. Decis.* 163. *n.* 15. 26. & 30. (*c*) *l.* 207. *de Reg. Jur.*

Omni enim litis metu absente rebus nostris forsan consulitur, si judicatum ex aliqua parte condemnato remittimus: ita ob amicitiam, consanguinitatem, dignitatem condemnati ab executione peragenda forsan reclinamus, quamvis judicatum integrum remittere detrectemus, qua rerum facie remissione ex aliqua parte catera redimere possumus: unde & hi, qui transactionem super judicato respuunt, ejusmodi conventionem in vim pacti remissorii defendunt.

§. LI.

De rebus testamentariis ante adperturam testamenti transactio nulla: (a) neque illa in vim pacti remissorii sustineri potest. Res testamentaria dicitur; quæ alicui ultima dispositione relicta, inde earum certitudo dependet ab inspectione tabularum, ceu quibus ea inducitur, (§. 1. *in Sch.*) actus autem, ex quo constat, quid in tabulis testamenti contineatur, adpertura tabularum vocatur, inde ante adperturam testamenti res testamentariæ neque certæ neque incertæ adpellantur: (*b*) transactio autem semper fiat super caussa dubia & litigiosa, (§. 14.) inde transactio nulla de rebus testamentariis ante adperturam testamenti. Q. e. unum.

Finge transactionem factam esse super caussis testamentariis, remissio ponitur non gratuita, (§. 14. & 25. n. 3.) quæ tamen sub titulo transactionis defendi nequit, (§. 51. n. 1.) neque sub titulo pacti gratuiti, (§. 22. & 25. n. 1.) inde necesse est, ut valeat tanquam pactum remissorium non gratuitum, (§. 25.) quod

(*a*) *l. 6. de transf.* Berg. *in Resol. Leg. T. de Transf. Vinnius L. l. Select. Quæst. cap. 7. aliam reddunt rationem.*
(*b*) *l. 201. de Reg. Jur.*

quod jus certum ſupponit, (§. 24.) res autem teſtamentaria ante adpertas tabulas neque certa neque incerta nuncupari poteſt: (§. 51. n. 1.) inde tranſactio ſuper rebus teſtamentariis neque in vim pacti remisſorii ſuſtineri poteſt.

Ex his ſua ſponte fluit, tranſactionem ejuſmodi in vim pacti remiſſorii non ratihabendam, ceu quidam ſibi perſuadere ſolent. Equidem ſubſtantialia conventione contrahentium quidem immutari poſſunt, ut in aliam contractus tranſeat conventionis ſpeciem, at, tum & novi negotii ſubſtantialia obſervanda, quæ omnibus negotiis neceſſario inſunt.

§. LII.

Titulus eſt ratio adquiſiti dominii vel poſſeſſionis: *lucrativus*, quando res nobis gratuito remittitur; *onerosus*, ſi rem nobis ſub mutua præſtatione comparavimus. Is, a quo jus poſſeſſionis vel dominium repetimus, *autor* vocatur.

§. LIII.

In conventionibus oneroſis ergo ideo aliquid præſtamus, ut alter rem ſuam noſtram faciat, quare auctor ex titulo oneroſo rem nobis ita tradat, ut jus nobis in eam eſſe poſſit, (*a*) inde, quum rem nobis alienam ceu ſuam tradit ſub titulo oneroſo, contra jus deminuit noſtrum patrimonium, ſicque nobis damnum infert, quilibet tamen damnum datum alteri reſarciat, *inde damnum ex ejuſmodi traditione emergens, autor ex titulo oneroſo nobis reſarcire tenetur.*

§. LIV.

Autor ex titulo lucrativo rem nobis gratuito tradit,

(*a*) *l. 167. de Reg. Jur.*

dit, nec aliquid ex noſtris adeum ob rem traditam pervenit; inde *autor ex titulo lucrativo nos ratione dominii vel poſſeſſionis rei traditæ non præſtat ſecuros.*

§. LV.

Evictio eſt adjudicatio rei a nobis detentæ, illi facta, cui jus potius, noſtram antecedens poſſeſſionem, in re iſta competit, *Præſtare evictionem* idem eſt, ac damnum ex evictione ſubnatum reparare.

§. LVI.

Tranſigentes atque non gratuito remittentes ratione dati atque remiſſi ſibi invicem ad præſtationem evictionis tenentur. (*a*) *Remittens gratuito non præſtat evictionem juris remiſſi:* (*b*) Evictio fit ob firmius jus evincentis, noſtram antecedens poſſeſſionem, (§. 55.) jam jus noſtrum ab autore repetimus, (§. 52.) inde ejuſdem culpa dolove damnum ex evictione rei nobis infertur, quod autor ex titulo oneroſo nobis reparare tenetur, (§. 53.) ſic evictionem præſtare, (§. 55.) jam tranſigentes pactove remittentes non gratuito ſibi ſub titulo oneroſo remittunt, atque res tradunt: (§. 14. *in Schol.* 20. & 52.) inde tranſigentes pactove non gratuito remittentes ad evictionem ſibi invicem præſtandam tenentur. Q. e. unum.

Remittentes autem gratuito rem alteri ex titulo lucrativo tradunt, (§. 20. & 52.) inde nec ratione dominii vel poſſeſſionis nos ſecuros reddunt; (§. 54.) quare remittens gratuito evictionem remiſſi nobis non præſtat. (§. 55.) Q. 2dum.

§. LVII.

(*a*) *l.* 33. *de Don.* Berl. *P. I. Concluſ.* 25. *n.* 45. *conf. l.* 46. *de Solut.* (*b*) *l.* 18. *in f. de Donat.*

§. LVII.

Transactiones atque pacta remissoria quoad datum retentum atque remissum restringenda: quantum ad decisionem caussæ interpretatione adjuvanda. Datum retentum atque remissum absque alienatione non intelliguntur, alienatione autem patrimonio nostro incrementum fit, sic odiosis datum remissumque accensenda, quæ restringenda; (*a*) transactiones atque pacta remissoria ergo quoad datum, remissum, promissumque interpretatione restringenda. Q. 1mum.

Interest autem reipublicæ, ut, quam primum fieri potest, lites finem sortiantur, inde transactiones atque pacta remissoria favorem merentur, quantum ad decisionem litis faciunt, favorabilia autem extendenda; (*b*) inde transactiones & pacta remissoria, qua litis decisionem, adjuvanda interpretatione. Q. 2dum.

§. LVIII.

Quod pacto non gratuito promissum, condictione ex moribus: quod transactione, præscriptis verbis persequimur. (*c*) Pactum remissorium non gratuitum, ceu nudum, nullam secundum Jus Romanum actionem producebat, (*d*) cum e contrario hodiernis moribus ex quacunque ejusmodi deliberata conventione actio concedatur, quam condictionem ex moribus vocant; (*e*) inde promissum pacto remissorio non gratuito etiam hac condictione persequimur. Q. 1mum.

Trans-

(*a*) C. 15. *de Reg. Jur. in VIto.* (*b*) *ibid.* (*c*) *l.* 7. §. 4. *de Pactis.* (*d*) *l.* 6. *in fine C. de Transact.* (*e*) Mev. P. V. *Decis.* 407.

Transactio omnis dato atque remisso absolvitur, nec tamen specialem contractus nominati formam accepit, adeoque in transactione semper contractus innominatus deprehenditur, ex quo actio præscriptis verbis exoritur, inde transactionis promissum actione præscriptis verbis persequimur. Q. 2dum.

Pristinis temporibus sæpius transactioni, stipulatio adjiciebatur, quam in majorem securitatem Romani fere omnibus negotiis adnectebant, v. *l.* 88. *de Solut*; cum autem omnium deliberatorum pactorum hodie eadem vis atque potestas, quæ stipulationis olim fuerant, his schematibus non opus. Hanc ob caussam *l. 6. C. de Transact.* distinguit, num stipulatio intercesserit, nec ne, atque in priori casu actionem stipulati: in posteriori actionem præscriptis verbis utilem movendam esse præcipit. Severior pœna illi imminet, qui ea præstare detrectat, quæ ex transactione juramento confirmata alteri dare tenetur, *de qua l.* 41. *Cod. de Transf. & ad illam* BRUNNEM.

§. LIX.

Mutuo dissensu transactiones atque pacta remissoria retractantur: ob dolum metum mutuumque errorem impediuntur. Negotia retractari dicuntur, quæ in statum pristinum restituuntur, in quo ante conventionem caussas inducentem fuerant, jam transactiones atque pacta remissoria sub conventionis genere continentur, conventiones autem, uti mutuo consensu constituuntur, ita dissensu eodem resolvuntur; (*a*) inde transactiones atque pacta remissoria mutuo dissensu resolvuntur. Q. 1mum.

Negotia impediuntur quæ initium capessere nequeunt,

(*a*) *l.* 153. *de Reg. Jur.*

queunt, jam essentialis determinatio conventionum, ut mutuo conficiantur consensu; dolus autem, metus errorque mutuus consensui repugnant: unde conventiones, sic quoque transactiones pactaque remissoria, metu, dolo atque mutuo errore impediuntur. Q. alterum.

§. LX.

Conventiones tantum jus faciunt inter contrahentes, quamobrem transactiones. atque remissoria pacta itidem paciscentibus tantum legem dicunt, sic, cum in tantum retractentur, in quantum consensu eriguntur paciscentium: *illorum retractatio in præjudicium tertii non tendit*, cujus rei exemplum est *in l. 62. de Pactis.*

§. LXI.

Remissum gratuitum donato æquiparandum, (§. 22.) *inde gratis remittentem, postea petentem is exceptione donati repellit, cui remissio facta:* & cum donatum ob supervenientiam liberorum, ingratitudinem graviorem, læsionem in legitima revocari possit, *remissum gratuitum quoque ob has caussas revocari potest.*

§. LXII.

Læsio ultra dimidium in Emtione Venditione concipitur, quando merx pretium pretiumve mercem ultra dimidium, secundum æstimationem communem, superat.

Emtor pretium solvit, ut rem suam faciat, venditor mercem exhibet, quo pecuniam solutam accipiat, inde merx atque pretium æstimationis æqualis sint, posito igitur, quod merx pretium, vel pretium mercem ultra dimidium superet, is, cui præstatio minoris valoris facta, ultra dimidium læditur. De jure Naturali qui-

li quidem unusquisque sibi prospiciat, ne contrahendo lædatur, sic sibi notitiam comparet, quo genuino pretio res veniant, ut adeo emens pro majori pretio, vendens pro minori sibimet ipsis potius læsionem imputent, quam quod ab altero læsi sint, cum pro varia utilitate atque voluptate, quas ex rebus percipimus, pretia rerum mirum in modum varient. At in civitate ejusmodi quoque læsiones impediantur, atque evitandum, ne fraudulentis conventionibus ansa detur, ut adeo ex æquitate leges rationem habeant ejusmodi læsorum: interim maximus emti venditi usus in vita civili, ut adeo ob omnem læsionem emtiones venditiones rescindi nequeant, inde ea tantum rescissione legibus digna visa est, quæ alterum tantum excedit veri pretii.

§. LXIII.

Remedium l. 2. C. de Resc. Emt. Vend. est, quod læso ultra dimidium ex contractu emtionis venditionis ad recuperandum damnum datur.

§. LXIV.

Emtor igitur probaturus læsionem ultra dimidium docere tenetur, quod pretium solutum mercis communem transgrediatur æstimationem: venditor eandem probaturus exhibeat, pretium ne quoad dimidium quidem mercis veram æstimationem exhaurire. Sic læsio ultra dimidium semper probanda ex relatione mercis ad pretium, atque ex differentia eorundem deducenda demum est.

§. LXV.

Querela ex *l. 2. C. de Resc. Emt. Vend. utiliter* competit ex pari ratione, hinc ex omnibus conventionibus, in quibus læsio ultra dimidium concipi potest.

§. LXVI.

Remedium ex l. 2. C. de Resc. Emt. Vend. utiliter non competit ex conventionibus gratuitis; nec ex onerosis, quarum alterutra præstatio incertæ æstimationis. Læsio enim oritur exinde, quod is, qui alteri ad præstationem reciprocam & æquipollentem obligatus est, alteri minus præstitit, quam ab altero accepit; (§. 62. *in Schol.*) in gratuitis vero negotiis res ex liberalitate in alios, neutiquam sub mutua præstatione, transferuntur, (§. 52.) unde læsio hæc in conventionibus gratuitis nequit concipi, quod tamen remedii hujus utilis fundamentum, (§. 65.) atque sic remedium utile ex *l. 2. C. de rescind. emt. vendit.* ex conventionibus gratuitis non competit. Q. e. unum.

Remedium utile *l. 2. C. de resc. emt. vend.* datur ob læsionem ultra dimidium in reliquis contractibus præter emtionem venditionem, (§. 65.) quicunque igitur læsionem ultra dimidium probare potest, illi tantum remedium hocce utiliter concedendum: jam vero læsio ultra dimidium tunc adest, quando alteruter ad præstationem æquipollentem obstrictus, alteri tale quid præstitit, quod præstationem alterius quoad pretium infra alterum tantum non exhaurit, (§. 62. & 64.) sic quicunque hoc remedio experiri cupit, eidem competit læsionis enormis probatio, atque ideo ex differentia præstationum deducat, se ab altero ultra dimidium circumventum esse, (*Sch.* §. 62.) ponas autem alterutram præstationem incerti esse valoris, relatio inter eam atque mutuum exprimi nequit numeris, nec differentia eorundem pretii, adeoque læsio ul-

ſio ultra dimidium in conventionibus oneroſis, quarum alterutra præſtatio incertæ æſtimationis, probari nequit, (§. 64.) quæ tamen ſola utilis hujus remedii ratio, (§. 65.) quam ob rem remedium utile ex *l. 2. C. de de Reſc. Emt. Vendit.* non competit ex conventionibus oneroſis, quarum alterutra præſtatio incertæ æſtimationis. Q. alt.

§. LXVII.

Tranſactio atque pacta remiſſoria gratuita remedium ex l. 2. C. de reſc. emt. vend. reſpuunt. Directe id ex tranſactione non competit, (§. 62.) hinc ſi competat, extenſive id ex tranſactione competit: (§. 63.) jam utiliter non datur, ſi præſtatio alterutra ſit incertæ æſtimationis: (§. 66. n. 2.) tranſactio autem fit de rebus dubiis, (§ 14.) quæ certo æſtimari nequeunt: inde tranſactio neque directe neque utiliter hoc remedio reſcinditur, ſed idem reſpuit. Q. e. 1mum.

Si ex pacto gratuito remiſſorio quis experiri hoc remedio velit, id utiliter fiat neceſſe eſt; (§. 63 & 65.) jam utiliter non datur, ſi præſtationes gratuitæ ſunt, (§. 66. n. 1.) pacta autem remiſſoria gratuita ſub titulo lucrativo procedunt, (§. 54.) adeoque præſtationes beneficas in ſe continent, ac proinde pacta remisſoria reſpuunt querelam enormis læſionis ex *l. 2. C. de reſc. emt. vendit.*

Neque hæc cum iis pugnant, quæ ſupra de computatione probabili dati atque promiſſi in tranſactione tradita ſunt; (§. 27.) ibi enim neutiquam de reſciſſione tranſacti ex capite læſionis ultra dimidium ſermo fuit, ſed tantummodo num conventio in vim tranſactionis an vero pacti remiſſorii gratuiti ſit ſuſtinenda: in læſione autem ultra dimidium requiritur læſio, quæ ad præ-

 ſtatio-

ſtationis reciprocæ æſtimationem referri, atque certis numeris exprimi poteſt, (§. 63. & 64.) Titubant quidem atque in diverſas labuntur Ddres ſententias in reſolvenda quæſtione, num læſionis enormis querela locum contra tranſactionem ſibi vindicet, quorum argumenta profert GAILIUS *L. II. obſer. ſing.* negativam tandem ſuam faciens, quibus addantur, quæ VINNIUS *L. I. Q. S.* 57. obſervat: Verum quamdiu jus incertum nequit æſtimari, tamdiu læſio enormis deficit in tranſactione. Immo repugnaret ejuſmodi reſciſſio tranſactionum fini, compoſitioni nimirum cauſſarum litigioſarum, quin etiam effectui, de quo (§. 69.) agendum erit.

§. LXVIII.

Quodſi vero jus certum remiſſum non gratuito, v. gr. ut remiſſione juris debitum ex alia cauſſa perſolvamus, læſio enormis in hac remiſſione concipi poteſt, (§. 62.) *quare hocce remedium læſo ultra dimidium non denegatur in pactis remiſſoriis non gratuitis.*

Quare GAILIUS *d. l.* Struviusque in Juriſpr. forenſi tit. de tranſ. querelam læſionis ultra dimidium permittunt in tranſactione, modo læſio hæc probari atque ſic taxari queat. Sane id impoſſibile, ubi jus incertum vel ſub titulo lucrativo ſit remiſſum, quum tunc nec ultra dimidium, nec alia læſio alteri infertur; (§. 66. & 67.) quamobrem non poteſt non remiſſio non gratuita juris certi adeſſe, ubi hæc querela eandem reſcindat, quæ pacto remiſſorio non gratuito tantum ſit (§. 25.) V. hanc in rem *Conſ. Hall.* 235. *n.* 29. *T. I. Lib. I.*

§. LXIX.

Tranſactiones effectum rei judicatæ ſortiuntur. (*a*) Eum in finem in judicio certantes cauſſas judici committunt,

(*a*) *l.* 20. 32. *C. de Tranſact.*

mittunt, quo ab eodem justam caussæ decisionem impetrent, ac uterque suum consequatur, sententia injusta autem executioni non demandatur, adeoque finis litigantium id postulat, ut sententia lis juste decidatur, hinc leges sententiam dictam, nec intra decendium remedio suspensivo impugnatam per præsumtionem juris & de jure pro vera decisione habent, quæ præsumtio res judicata vocatur. (*b*) Jam vero idem transigentium finis, (§. 14.) nec alia inter amicabilem atque judicialem compositionem, nisi ratione temporis atque impensarum sit differentia, (§. 6.) quare ad eundem finem tendunt, atque sic transactiones effectum rei judicatæ sortiuntur.

Quæ ne obscura videantur, dicendum est, quid præsumtionis juris atque de jure fundamentum: habent id facta singulare, quod semel peracta eorum certitudo difficulter extorqueatur, cui defectui leges præsumtionibus subvenerunt. Præsumtionem voco adsertionem facti ob rationem probabilem. Plures nimirum circumstantiæ factum circumdare solent, quæ ad actualitatem atque moralitatem facti aliquid conferunt, ut adeo ex iis facti existentiam probabiliter conjiciamus, cum circumstantiæ facti accidentales tantum ejusdem determinationes sint. Præsumtiones igitur a probatione artificiali mirum distant, utpote quæ ex determinationibus facti intrinsecis conficitur, atque sic plenam fidem inducit. Quotiescunque inde veritas facti evidenter haberi nequit, licet circumstantiæ denudatæ sint, quæ factum maxime probabile reddunt: toties præsumtiones locum sibi quærunt. Præsumtio juris est, quando leges ipsæ factum probabile dicunt, cum igitur

(*b*) *l. 25. de Stat. Hom.*

tur gradus dentur probabilitatis, differentia interna inter præsumtiones juris deprehenditur: Præsumtio juris & de jure vocatur, quæ maxima probabilitate subnititur: præsumtio juris simplex inferiori gradu contenta. Non ignota hæc sunt legibus, licet nomen barbaricum easdem fugiat. Consequens ex hisce traditis est, præsumtionem juris & de jure sibi toties locum vindicare, quoties circumstantiæ maxime probabiles adsertionem facti tuentur, nec tamen ejusdem veritas abscisse probari potest: neque ea infirmabitur nisi evidenti contrarii probatione. Contra præsumtio juris simplex quacunque fortiori præsumtione eliditur ac tantummodo sufficit, ubi nec veritas nec major probabilitas habentur. Tres excellentiores præs. Jur. & de Jure species reperiuntur in sententia per decendium non impugnata, juramento a parte altera delato, atque transactione. Certe judex publica autoritate constitutus sententiam dicit, ut adeo de illius peritia atque in utrumque litigantium æquali animo vix dubitari possit; adeoque gravior ratio adest, sententiam ejus pro justa decisione reputandi, nihilosecius nonnisi reperita caussæ cognitione certo constabit, num sententia justa sit. Quare, cum sententia injusta executioni non demandetur, alio modo controversiæ dirimi nequeunt, nisi decisio judicis intra decendium non suspensa per præsumtionem juris & jure pro justa habeatur. Ex his quoque intelligitur, quænam sententiæ in rem judicatam non abeant, quotiescunque enim præsumtionis juris & de jure fundamentum deficit, toties nulla res judicata concipi potest, per modo adserta.

§. LXX.

Quibuscunque ergo mediis contra sententiam agitur, iisdem quoque transactiones infirmantur: quare l. 29.

l. 29. *C. de transact. transactum sub prætextu novorum instrumentorum non rescindi vult*, licet ex peculiari ratione caussa pupillorum atque universitatum ex hoc capite rescindatur: alias enim secundum jus Romanum ob autoritatem rerum judicatarum sententias atque lites retractare non licet, *l.* 4. *C. de rejud.* Hinc est, quod merito *Perill. Frider. Canc.* PET. *a* LUDEWIG *T. I. miscel. L.* 3. *Op. I. c.* 2. *p.* 974. contra transactum nullitatis querelam defendat, si ex noviter repertis instrumentis indubitata negotii qualitas elucet. Transactio enim effectum rei judicatæ sortitur, (§. 69.) quod si autem sententia nullitatibus infecta sit, querela nullitatis competit, ponas igitur transactionem celebratam esse super caussa, *cujus ex instrumentis noviter repertis & quorum nullam antea habere potuimus potestatem, plane alia certa atque indubitata negotii qualitas probari potest*, adest defectus essentialis determinationis transacti, (§. 14. & *Ont.* 301.) hinc transactio nulla, *inde instrumenta ejusmodi operantur quoque querelam nullitatis contra transactionem. Conf. Hall. T. II. L. II. Cons.* 110. *n.* 38. *P. I. L. I. C.* 177. *n.* 6.

In Scholio (§. 69.) jam monui, sententias in rem judicatam abire non posse, in quibus præsumtionis juris & de jure fundamentum deficit; sic ubi nullitas sententiæ probari potest, evidenter de injusta sententiæ decisione constat, adeoque in præjudicium veritatis præsumtioni juris & de jure nullus locus. Inde non est, quod hæc ceu autoritati præsumtionis juris & de jure dissona vendites, quodsi enim contra transactionem ejusmodi (*abusivam*) nullitatis querela movetur, transactio ceu nulla impugnatur, neutiquam ve-

F ro re-

ro rescindenda petitur: unde nec restitutio in integrum ex clausula generali hoc casu obtinebit, quæ negotium in se validum stricto jure supponit, atque non nisi in subsidium competit.

§. LXXI.

Transactio effectu rei judicatæ prædita est, (§. 70.) ex judicato autem exceptio judicati datur, *inde transactionibus reluctans & judicati exceptione repellitur*. Id quod coronidis loco adnectere volui.

TANTUM.

ERRATA EXTANTIORA.

P. 7. l. 2. (§. 22.) l. (20.) p. 12. l. 17. notior l. notius p. 15. l. ult. (§. 33.) l. (§. 31.) p. 16. l. 9. (§ 16.) l. (§. 6.) p. 16. l. 22. nullam l. nullum. p. 17. l. ult. ad 17. l. ad ff. p. 28. l. 26. Condit. l. Condict. p. 40. l. 23. & jure l. & de jure.

